Die Entstehung mittelbaren Besitzes

(§ 868 B.G.B.)

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Georg Linke

1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. H. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

Meinen lieben Eltern.

Inhalt.

Literaturverzeichnis.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung i. dtsch. bürgerl. Recht (Iherings Jahrb., Band 48, S. 101—186).
Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. (Gruchots Beiträge, Band 42, S. 645 ff.).
Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, Berlin 1903.
Brockhoff: Der Begriff des „ähnlichen Verhältnisses" in § 855 und § 868 BGB., Diss. Breslau (Düsseldorf 1921).
Cosack: Lehrbuch des dtsch. bürgerl. Rechts II, 6. Aufl., Jena 1903.
Crome: System des dtsch. bürgerl. Rechts, 3. Band, Tübingen 1905.
Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Aufl.
Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II. Band, 7. Aufl.
Gierke: 1. Dtsch. Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht (Leipzig 1905).
2. Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1905.
3. Gutachten über die Frage: Ist nach den Vorschriften des BGB. die Verfolgung des dingl. Anspruchs auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? (Verhandlungen des 24. Dtsch. Juristentages, 3. Band, S. 1—50.)
Hausmann: Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB.? Diss. Münster (Essen 1927).
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB., Jena 1900.
Klein: Der mittelbare Besitz des BGB., Diss. Bonn 1899.
Kniep: Der Besitz des BGB., Jena 1900.
Kreß: Besitz und Recht, Nürnberg und Leipzig 1909.
Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
Maenner: Das Sachenrecht nach dem BGB. und der Grundbuchordnung, 2. Aufl., München 1906.
Mengelkoch: Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB.? (Iherings Jahrb., Band 76, S. 53 ff.)
Planck: Komm. zum BGB., 3. Band, 4. Aufl.
Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelb. Besitzes, Diss. Freiburg, Bonn 1905; ders. Jur.W. 1908, Seite 395 ff.
Rohde: Studien im Besitzrecht, der mittelb. Besitz, Düsseldorf 1907.

Rosenberg: Komm. zum BGB., 3. Band, Sachenrecht, München 1919.
v. Staudinger: Komm. zum BGB., 9. Aufl., 1925.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. (Iherings Jahrb., Band 38, S. 1—137.)
Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? (Archiv für bürgerl. Recht, Band 20, S. 240 ff.)
Weidemann: Der mittelbare Besitz des BGB., Diss. Berlin 1902.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. (Archiv für die zivilistische Praxis, Band 87, Seite 40—76.)
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts (9. Aufl.).
M. Wolff: Sachenrecht, Marburg 1921.

Reichsgerichtsentscheidungen: Komm. der Reichsgerichtsräte, 2. Aufl.
Materialien zum BGB.

I. Abschnitt.

Einleitung.

Bei der Regelung des Besitzinstituts hat der Gesetzgeber auch den „mittelbaren Besitz" geschaffen. Die maßgebende Gesetzesbestimmung ist § 868 BGB., er lautet:

„Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Der Gesetzgeber erkannte, daß es im Rechtsverkehr Fälle gibt, in denen jemand zwar nicht die tatsächliche Gewalt i. S. von § 854 BGB. über eine Sache hat, aber dennoch in gewisser Beziehung zu der in der tatsächlichen Gewalt eines andern befindlichen Sache steht und infolgedessen ein starkes Interesse an dem Schicksal dieser Sache hat; es liegt ein praktisches Bedürfnis vor, demjenigen, der einem andern die tatsächliche Gewalt über eine Sache in selbständiger Weise (im Gegensatz zum bloßen Besitzdiener) überlassen hat, gewisse Rechtsvorteile zugute kommen zu lassen, die ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 868 BGB. nur dem tatsächlichen Gewalthaber i. S. des § 854 BGB. zur Seite stehen würden. Das Gesetz nimmt also eine Zweiteilung des Besitzes in der Art vor, daß derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache direkt ausübt (z. B. Mieter, Pächter) als mittelbarer Besitzer gilt, wer dagegen den Besitz in solcher Weise überlassen hat (z. B. Vermieter, Verpächter) wenigstens mittelbarer Besitzer bleibt. Den unmittelbaren Besitzer pflegt man in diesen Fällen auch Besitzmittler zu nennen, deshalb, weil er einem andern, dem mittelbaren Besitzer, den Besitz vermittelt. Andere Bezeichnungen sind „Oberbesitzer" für den mittelbaren, „Unterbesitzer" für den unmittelbaren Besitzer. Nicht hierher gehören die Fälle der bereits erwähnten Besitzdienerschaft (§ 855 BGB.); übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis aus, auf Grund dessen er den auf die Sache bezüglichen Weisungen des andern nachzukommen hat, so ist er keineswegs Besitzmittler, der andre mittelbarer Besitzer, vielmehr ist kraft positiver gesetzlicher

Bestimmung nur der andre (der Besitzherr) Besitzer. Beispiele für solche Besitzdiener sind Dienstmädchen, Waschfrauen, Ladenangestellte, der Dienstmann, der meinen Koffer zum Bahnhof bringt, der Soldat in Ansehung der Kleider und Waffen. Der Besitzdiener ist gewissermaßen nur ein Werkzeug des Besitzherrn für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache.. Freilich gibt es Fälle, in denen die Abgrenzung, ob Besitzdienerschaft oder unmittelbarer Besitz i. S. des § 868 BGB. vorliegt, Schwierigkeiten bereitet, z. B. bei manchen Fällen des Auftrags und des Verwahrungsvertrages. In solchen Grenzfällen, wo die allgemeinen Unterscheidungsmerkmale nicht ausreichen, muß man nach anderen Anhaltspunkten suchen. Häusliche Verhältnisse sprechen in der Regel für Besitzdienerschaft, meist auch kurze Dauer des Verhältnisses und der Umstand, daß die Anordnung in geringer Entfernung auszuführen ist; man muß jedoch von Staudinger[1] beipflichten, wenn er sagt, es erscheine dem allgemeinen Interesse nicht zuträglich, die Fälle der Besitzdienerschaft zu weit auszudehnen.

II. Abschnitt.

Geschichtliches über den mittelbaren Besitz.

Der Begriff des mittelbaren Besitzes ist den älteren Rechten fremd, doch lassen sich Rechtsgebilde finden, die unserm mittelbaren Besitz ähnlich sind. Die Möglichkeit eines Doppelbesitzes an derselben Sache ist dem römischen Recht völlig unbekannt. Eine Einrichtung im römischen Recht jedoch erinnert an den mittelbaren Besitz des BGB. Der Pfandgläubiger, der Prekarist (dem eine Sache bittweise auf beliebigen Widerruf überlassen ist) und der Sequester (Verwahrer einer streitbefangenen Sache) standen zu andern Personen in einem Verhältnis, welches ihnen auf Zeit den Besitz verlieh; die andern Personen verloren nun zwar den Besitz, wurden aber in mancher Beziehung als Besitzer behandelt, sie waren possessores ad usucapionem.

Im deutschen Recht des Mittelalters finden wir bereits die Auffassung vertreten, daß an einer Sache ein zweifacher Besitz möglich ist, denn es wird dem Lehnsherrn eine „gewere“ neben der des Zinsmanns zugesprochen.[2]

Auch im preußischen Allgemeinen Landrecht finden wir die Auffassung, daß Doppelbesitz an einer Sache möglich ist. Es bestimmt

---

1) § 868, VI, 2, c.
2) Gierke, Dtsch. Privatrecht § 113 S. 192.

nämlich (§§ 6, 7, 124 I, 7), daß der bisherige Besitzer trotz Abgabe des Verkehrsbesitzes an den „unvollständigen" Besitzer (Mieter, Pächter, Entleiher) seinen „vollständigen" Besitz an der Sache fortsetzt.

III. Abschnitt.

Wesen des mittelbaren Besitzes.

Das Wesen des mittelbaren Besitzes ist bestritten, die verschiedenen Meinungen gehen weit auseinander. Die Kardinalpunkte sind, ob er wahrer, echter Besitz oder nur ein Analogon des Besitzes, eine zur Erzielung bestimmter einzelner Rechtswirkungen aufgestellte Fiktion ist. Gegen die Ansicht derer, die den mittelbaren Besitz lediglich als eine Fiktion aufgefaßt wissen wollen, spricht offensichtlich die Wortfassung im § 868 BGB. Im Gesetz heißt es „. . . ., so ist auch der andre Besitzer". Ginge es von dem Gedanken eines nur fingierten Besitzes aus, so hätte es diesen Gedanken ganz gewiß nicht verschwiegen, sondern die übliche Wendung gebraucht, so gilt auch der andre als Besitzer. Ferner weist das Wort „auch" auf die Einordnung des mittelbaren Besitzes in die Kategorie des Besitzes hin. Aber, auch ohne aus der Wortfassung des § 868 BGB. Schlüsse zu ziehen, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der mittelbare Besitz nicht nur eine Fiktion ist. Es kann doch in allen diesen Fällen nicht geleugnet werden, daß der Oberbesitzer immer noch in einem gewissen Machtverhältnis zu der fraglichen Sache steht; auch nach Auslieferung der Sache an den mittelbaren Besitzer übt er eine Herrschaft über die Sache aus und zwar gerade durch das Besitzmittlungsverhältnis, das beide hinsichtlich der Sache verbindet. Der Oberbesitzer begibt sich durch Ueberlassung der Sache an den Unterbesitzer auf Zeit der Möglichkeit des sofortigen Eingriffs auf die Sache, doch ist, um mit Gierke zu sprechen, das Band zwischen dem Oberbesitzer und der Sache nur vorübergehend gelockert, aber nicht zerschnitten.[3] Diese Auffassung, der Oberbesitzer habe wirklichen Besitz, sein Verhältnis zur Sache sei ein tatsächliches Sachherrschaftsverhältnis, entspricht aber auch der Verkehrsauffassung. Jeder Laie, welcher weiß, daß A dem B. ein Schmuckstück in Verwahrung gegeben hat, spricht dem A die Stellung eines wirklichen Besitzers zu und erkennt dessen Macht über die Sache an. Aber auch der Unterbesitzer

3) Verhandlungen des 24. dtsch. Juristentages, Band 3, Seite 32.

selbst ist sich darüber klar, daß er die Sache nur für die vereinbarte Zeit und nur zu dem vereinbarten Zweck gebrauchen darf, daß dem Oberbesitzer trotz Ueberlassung der Sache an ihn weiterhin der Besitz verbleibt, der Oberbesitzer auch künftighin die Macht über die Sache behält. Es ist daher derjenigen Ansicht beizupflichten, die auch den mittelbaren Besitzer als wirklichen Besitzer behandelt, den mittelbaren Besitz als tatsächliche Sachherrschaft auffaßt.[4]

IV. Abschnitt.

Allgemeine Erfordernisse für die Entstehung mittelbaren Besitzes.

1. Kapitel.

Der Begriff des „ähnlichen" Verhältnisses.

Die Lehre vom mittelbaren Besitz ist ein viel umstrittenes Gebiet. Vertieft man sich in die über dieses Rechtsinstitut vorhandene Literatur, so kann man die Feststellung machen, daß beinahe jeder Schriftsteller das Kriterium des mittelbaren Besitzes in einem anderen rechtlichen Moment findet, nennen doch auch die Kommissionsprotokolle[5] den mittelbaren Besitz ein Institut von zweifelhaftem Charakter. Dieser Streit über den mittelbaren Besitz konnte nicht ausbleiben bei der so allgemein gehaltenen Fassung des § 868 BGB. Vor allen Dingen fehlen im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrückliche Vorschriften darüber, wann, d. h. unter welchen Voraussetzungen, mittelbarer Besitz entsteht. Man sollte meinen, der Gesetzgeber hätte gerade diese wichtige Frage der Entstehungsgründe regeln müssen, jedoch ließ sich bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen des mittelbaren Besitzes kein einheitlicher Grundsatz für die Entstehung mittelbaren Besitzes, wie es beim unmittelbaren Besitz der Fall ist, aufstellen. Das Gesetz gibt uns nur einzelne Beispiele von Verhältnissen, bei deren Vorliegen mittelbarer Besitz entsteht, nämlich bei Nießbrauch, Verpfändung, Miete, Pacht und Verwahrung; im übrigen verweist es auf Verhältnisse, welche den von ihm aufgezählten ähnlich sind.

Nach dem Wortlaut des § 868 BGB. wird für die Entstehung mittelbaren Besitzes ein Doppeltes verlangt, nämlich unmittel-

4) Vergleiche Wolff, Sachenrecht, § 8, III; Gierke (s. Anm. 3) S. 32 ff.; Leonhard, S. 70; Planck bei § 868; Crome § 345; Dernburg § 13 Nr. 3.
5) III. Seite 332

barer Besitz i. S. von § 854 BGB. und ein Verhältnis der im § 868 näher bezeichneten Art. Allgemeines Einverständnis besteht in der Wissenschaft über das erste dieser für den mittelbaren Besitz notwendigen Elemente; mittelbarer Besitz an einer Sache ist undenkbar, wenn nicht ein andrer an dieser Sache unmittelbaren Besitz hat. Um das zweite Erfordernis dagegen herrscht heftiger Streit; d. h. nicht bestritten ist, daß der Unterbesitzer dem Oberbesitzer gegenüber auf eine gewisse Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sein muß, nur darüber ist man sich nicht einig, welche Bedeutung dem Wörtchen „ähnlich" beizulegen ist, die verschiedensten Ansichten stehen einander gegenüber.

Bei Staudinger[6] und Leonhard[7] finden wir die Ansicht vertreten, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erlangt haben muß. So heißt es bei Staudinger[8]:

> „Der Besitz und der Erwerb des unmittelbaren Besitzers stellt sich für die Regel sozusagen als ein Vermögensstück des mittelbaren Besitzers dar. Der unmittelbare Besitzer erwirbt immer auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers, sei es eben den Besitz selbst oder daß eine andre Vermögensminderung für den mittelbaren Besitzer eintritt."

Ganz ähnlich äußert sich Leonhard:

> „Immer erwirbt der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens, und immer bringt daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer."

Man wird dieser Auffassung nicht folgen können, ohne den Ausführungen von Weidemann[9] beizustimmen, da der Besitzverlust, was aus der Zulassung der condictio possessionis hervorgeht, eine Vermögensminderung bei dem bewirkt, der ihn verliert; beim Erwerber andererseits bedeutet die Erlangung des Besitzes fraglos einen Vermögenszuwachs. Leonhard und Staudinger kann aber aus dem Grunde nicht zugestimmt werden, weil ihre Auffassung zu eng ist. Es sind nämlich Fälle denkbar, in denen mittelbarer Besitz entsteht ohne daß der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer darbringt. Wir denken an den Fall des schenkweisen constitutum possessorium: ich schenke dem A ein Pferd, behalte es aber noch eine Woche als Entleiher, da ich es für diese Zeit noch zur Bestellung meines Ackers benötige. Eine Vermögensminderung liegt

6) § 868 I, 1, b.
7) Vertretung beim Fahrniserwerb S. 61.
8) S. 67.
9) S. 18.

z. B. auch nicht vor, „wenn jemand von einem andern in meinem Auftrag eine Sache in Empfang nimmt, welche mir der andre in ungültiger Weise zu schenken versprochen hat“.[10] Eine Vermögensminderung auf Seiten des mittelbaren Besitzers liegt ferner auch dann nicht vor, wenn der Inkassomandatar ein indebitum einkassiert oder der von einem Bevollmächtigten abgeschlossene Kauf nichtig ist und infolgedessen die actio venditi nicht zur Entstehung kommt.[11] — Wir ersehen aus den angeführten Beispielen, daß das von Leonhard und Staudinger aufgestellte Merkmal in einer gewissen Zahl von Fällen nicht vorhanden ist, ohne daß dadurch die Entstehung mittelbaren Besitzes verhindert wurde; deshalb erscheint uns das Vermögensopfer auf Seiten des mittelbaren Besitzers kein wesentliches Erfordernis für die Entstehung mittelbaren Besitzes zu sein.

Strohal[12] meint, der mittelbare Besitzer müsse dem unmittelbaren Besitzer den Besitz „anvertraut“ haben. Auch diese Ansicht ist zu eng und trifft nicht überall zu. Dieses Kriterium findet sich z. B. nicht beim Besitzerwerb durch Stellvertreter und in denjenigen Fällen, in welchen der Besitzmittler durch gerichtliche Einweisung seinen Besitz erlangt (Zwangsverwalter, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker); auch diejenigen Fälle zählen hierher, wo der Besitzmittler seinen Besitz infolge einer sich aus dem Gesetz ergebenden Befugnis erwirbt. Man könnte jetzt freilich einwenden, in den Fällen, in denen der unmittelbare Besitzer seinen Besitz durch gerichtliche Einweisung oder durch Gesetz erworben hat, liege ein Anvertrauen von andrer Seite für den mittelbaren Besitzer vor und das sei einem Anvertrauen durch den mittelbaren Besitzer selbst als gleichwertig anzusehen. Dieser Gesichtspunkt trifft jedoch nur die Fälle der ersten Art, wo die Disposition einer andern Person oder ein richterlicher Akt vorliegt, nicht aber trifft er da zu, wo Recht oder Pflicht des Besitzmittlers zum Besitze sich nicht unmittelbar auf den Willen einer Person, sondern auf das Gesetz gründet, wie bei dem Besitzerwerb infolge des ehemännlichen oder elterlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechts. Schließlich könnte man auch hier noch sagen, es sei das Gesetz selbst, das dem Besitzmittler den Besitz anvertraue, indessen auch diesen Gedanken muß man fallen lassen, wenn der Akt, an welchen der Gesetzgeber die gedachte Folge knüpft, nichtig ist, z. B., wenn eine nichtige Ehe

10) Rohde S. 28.
11) Isay S. 275.
12) S. 20.

vorliegt, denn wir werden sehen, daß auch bei Nichtigkeit des Kausalverhältnisses mittelbarer Besitz entstehen kann. Strohal stellt deshalb ein Erfordernis auf, das für die Entstehung mittelbaren Besitzes nicht nötig ist.

Wendt[13] behauptet, „daß es der Restitutionsanspruch des mittelbaren Besitzers ist, der ihm zu den eigenen Besitzrechten verhilft, kraft dessen er also die Sache wieder an sich zu ziehen imstande ist". Auf diesen Rückgabeanspruch, erklärt er, deuten die §§ 870, 931, 934 BGB. hin. Diese Meinung Wendts können wir nicht teilen, denn in den genannten Textstellen handelt es sich nicht um einen Rückgabeanspruch, sondern um einen Anspruch auf Herausgabe. Der Rückgabeanspruch wird freilich in vielen Fällen gegeben sein, doch muß betont werden, daß er weder ausreicht, noch unbedingt erforderlich ist für den Begriff des mittelbaren Besitzes. Erforderlich ist der Rückgabeanspruch deshalb nicht, weil, wie später noch darzutun sein wird, der Unterbesitzer seinen Besitz nicht immer vom Oberbesitzer erlangt haben muß, wer aber einen Rückgabeanspruch geltend macht, muß vorher im Besitze der Sachen gewesen sein.[14] Ein Beispiel, wo der mittelbare Besitzer nicht vorher im Besitze der Sache gewesen ist, gibt uns § 870 BGB., denn wer durch Abtretung des Herausgabeanspruchs mittelbarer Besitzer wird, hat die Sache früher nicht gehabt, kennt sie vielleicht nicht einmal. Ein weiterer Fall, wo der mittelbare Besitzer vor dem unmittelbaren Besitzer nicht die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt gehabt hat, ist der, wo unmittelbarer Besitz durch Erbfolge erworben wird. Andererseits genügt der Rückgabeanspruch für sich allein nicht; einen Rückgabeanspruch hat doch auch der Eigentümer gegen den Besitzer für den Fall, daß er die Sache vorher im Besitze gehabt hat, keineswegs wird man aber in derartigen Fällen stets auch von mittelbarem Besitz reden dürfen.

Eine große Zahl namhafter Schriftsteller[15] stellt als unerläßliches Erfordernis für die Entstehung mittelbaren Besitzes einen Herausgabeanspruch des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer auf. So schreibt z. B. Gierke in seinem Gutachten S. 33:

> „Ein Merkmal, das nie fehlen darf, ist der dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer zustehende Anspruch auf Herausgabe der Sache."

Wolff[16] behauptet:

13) Archiv für die ziv. Praxis, Band 87 S. 45.
14) Przibilla S. 16.
15) Wolff § 8, I, 2; Kipp bei Windscheid S. 698; Kniep S. 165 ff.; Gierke, Gutachten S. 33; Biermann bei § 868; Kreß S. 202; Strohal S. 18.
16) Seite 24.

„Mittelbarer Besitzer ist nur, wer einen gültigen Herausgabeanspruch hat."

Wie ist es nun um diesen Anspruch auf Herausgabe bestellt? Darüber herrscht wohl Einverständnis, daß der mittelbare Besitz in diesem Anspruch nicht aufgeht, denn auch diejenigen, welche den Herausgabeanspruch unbedingt verlangen, behaupten, daß er nur eine von den Voraussetzungen für den mittelbaren Besitz sei; am besten kommt dies in den Worten Strohals[17] zum Ausdruck:

„Ganz unrichtig wäre es, wenn man sagen wollte, daß mittelbarer Besitzer schlechthin derjenige sei, welcher gegen den unmittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache habe. So hat z. B. der Eigentümer gegen den Besitzer den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 985), allein aus dem Vorhandensein dieses Anspruchs ergibt sich ein mittelbarer Besitz des Eigentümers noch keineswegs."

Fest steht soviel, daß in allen vom Gesetzgeber in § 868 BGB. aufgezählten Fällen ein Herausgabeanspruch gegeben ist, das besagt aber noch keinesfalls, daß er auch für die „ähnlichen" Verhältnisse verlangt werden muß, denn wenn man im Leben von Aehnlichkeit spricht, so versteht man darunter, daß zwei oder mehr vergleichsweise gegenübergestellte Dinge in einigen Punkten sich gleichen, in anderen aber Abweichungen aufweisen. Gleichwohl muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der Herausgabeanspruch nicht fehlen darf, wenn mittelbarer Besitz entstehen soll. Wenn wir auch aus den in § 868 BGB. aufgezählten Verhältnissen einen sicheren Schluß nicht ziehen können, so finden wir dennoch im Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung einen Anhalt, den Herausgabeanspruch für die „ähnlichen" Verhältnisse zu verlangen. Das Gesetz fordert nämlich in sehr klarer Weise, die keinen Zweifel aufkommen lassen kann, das Verhältnis müsse so beschaffen sein, daß der Unterbesitzer dem Oberbesitzer gegenüber „auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet" ist. Hieraus ergibt sich, daß das Verhältnis eines Tages aufhört und der Oberbesitzer dann die Sache herausverlangen kann. Es besteht gegenüber dem Recht des Unterbesitzers auf den Besitz und neben dessen Pflicht zum Besitz ein Recht des mittelbaren Besitzers, nach einer gewissen Zeit oder nach Eintreten eines bestimmten Ereignisses die Herausgabe der Sache zu verlangen. Einen Beleg dafür, daß der Relativsatz im § 868 BGB. derartig aufzufassen ist, liefert uns der Text des § 870 BGB., denn hier wird die Ueber-

17) Seite 19.

tragung des mittelbaren Besitzes an die Abtretung des Herausgabeanspruchs geknüpft. Der Ansicht Plancks[18], unter dem Ausdruck „Anspruch" sei auch ein nur vermeintlicher mitzuverstehen, können wir uns nicht anschließen; der Gesetzgeber würde sich ganz sicherlich einer andern Ausdrucksweise bedient haben, hätte er diesen Fall miteinbegreifen wollen; so aber muß dem Ausdruck eine objektive Auslegung zuteil werden, keine subjektive, ein vermeintlicher Anspruch ist kein Anspruch i. S. des Gesetzes. Mit der Auffassung Plancks läßt sich auch die von Planck selbst angeführte Bemerkung der Kommission nicht vereinbaren, wonach der Erwerber durch die Abtretung des Anspruchs eine rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt; durch die Uebertragung eines nur vermeintlichen Anspruchs kann man eine rechtliche Herrschaft nicht erlangen.[19] Scheinbar ist diese Auffassung, es genüge ein vermeintlicher Anspruch, auf die unrichtige Vorstellung zurückzuführen, der mittelbare Besitz beruhe, wie der römische Besitz durch Stellvertreter, darauf, daß der Unterbesitzer seinen Wilen in den Dienst des Oberbesitzers stellt. Zur Uebertragung des mittelbaren Besitzes würde dann die Abtretung des vermeintlichen Herausgabeanspruchs nicht ausreichen, es müßte das Anerkenntnis des Anspruchs in der Person des Erwerbers durch den Unterbesitzer hinzukommen, was aber in § 870 BGB. nicht gefordert wird.[20]

Wir sind daher der Ansicht, daß stets ein gültiger Herausgabeanspruch des Oberbesitzers gegeben sein muß, andernfalls kann von mittelbarem Besitz nicht gesprochen werden. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß das Verhältnis stets gerade durch Herausgabe an den bisherigen mittelbaren Besitzer endigen müsse. So kann z. B. das Verhältnis beim Pächter recht gut damit enden, daß dieser den Pachtgegenstand schließlich kauft und dadurch zum Eigenbesitzer wird, oder daß der Pfandschuldner seine Schuld nicht zahlt und demnächst der Pfandgläubiger dem Schuldner die Pfandsache endgültig entzieht.[21]

Ueber die Frage, ob das Rechtsverhältnis selbst gültig sein muß, wird im zweiten Kapitel dieses Abschnitts ausführlich zu handeln sein.

Es wurde bereits gesagt, daß der Herausgabeanspruch allein nicht genügt, der mittelbare Besitz in ihm nicht aufgeht; m. a. W., die gemeinsame typische Aehnlichkeit der sämtlichen Anwendungsfälle

---

18) bei § 868.
19) Rohde Seite 14.
20) Kipp-Windscheid I S. 797.
21) v. Staudinger § 868, I, 2, a.

ist nicht lediglich im Sinne des Relativsatzes, d. h. der Berechtigung und Verpflichtung des Besitzes auf Zeit, zu finden. So sind z. B. Personen, welche beauftragt sind, eine Sache in der Weise für den Auftraggeber zu kaufen, daß sie die Sache zunächst für sich erwerben und später an den Auftraggeber weiterverkaufen sollen, sowie der Verkäufer, der die in seinem Besitz befindliche Kaufsache nach einer bestimmten Frist übergeben soll, keine Unterbesitzer i. S. des § 868 BGB., obwohl sie dem Auftraggeber und Käufer gegenüber berechtigt sind, die fragliche Sache in Besitz zu haben und jenen ein Herausgabeanspruch zur Seite steht.

Welches sind nun die weiteren Erfordernisse, die für die Entstehung mittelbaren Besitzes gegeben sein müssen? — Das von Leonhard aufgestellte Merkmal, der Unterbesitzer müsse immer aus dem Vermögen des Oberbesitzers erwerben, ist, wie oben dargelegt wurde, dem mittelbaren Besitz nicht wesentlich; das von Strohal für die „ähnlichen" Verhältnisse verlangte Merkmal, der Besitz müsse von dem Oberbesitzer dem Unterbesitzer „anvertraut" sein, lehnten wir ebenfalls ab, da es zu eng gefaßt ist und auf viele Fälle nicht paßt, in denen mittelbarer Besitz zweifellos gegeben ist.

Wir müssen, um die anderen Merkmale zu finden, die im § 868 BGB. aufgezählten Beispiele betrachten. Es handelt sich hier in jedem der fünf vom Gesetzgeber angeführten Fälle um ein Rechtsverhältnis, das durch Vertrag zwischen Oberbesitzer und Unterbesitzer begründet worden ist. Auf Grund dieses Vertrages wird der Besitz an der Sache vom Oberbesitzer dem Unterbesitzer zur Erreichung eines bestimmten Zweckes vorübergehend überlassen. Nach Ablauf der Zeit seiner Berechtigung oder Verpflichtung hat der Unterbesitzer die Sache an den Oberbesitzer herauszugeben (vergl. die §§ 556, 581 Abs. 2 i. V. mit § 556, 695, 1055, 1223 BGB.). Demnach kann es für die Entstehung mittelbaren Besitzes nicht genügen, daß der Besitz nur tatsächlich an den Unterbesitzer gekommen ist, vielmehr muß stets ein Rechtsakt vorliegen, und gerade aus diesem durch den Rechtsakt geschaffenen Verhältnis muß sich der Herausgabeanspruch ergeben. Wird durch die Gewalt des Windes, durch Ueberschwemmung, Anlandung oder wie sonst bewegliche Sachen auf das Grundstück eines anderen gelangen, wodurch dem bisherigen Besitzer der Besitz solcher Sachen verloren geht, so entsteht im Falle der Besitzergreifung durch den andern kein mittelbarer Besitz für den bisherigen Besitzer, da es hier an jedem Rechtsakt fehlt. So erlangt auch der Wilddieb an dem erbeuteten Wilde Besitz, aber der geschädigte Jagdberechtigte wird keinesfalls mittelbarer Besitzer. Es

fragt sich jetzt, ob dieser auf Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses sich beziehende Rechtsakt stets, d. h. auch bei den „ähnlichen“ Verhältnissen, ein zwischen Ober- und Unterbesitzer geschlossener Vertrag sein muß, wie es bei den angeführten Beispielen der Fall ist. Die Frage muß verneint werden, auch der weitaus größte Teil der Schriftsteller steht auf dem Standpunkt, daß eine Beschränkung auf vertragliche Rechtsverhältnisse nicht i. S. des Gesetzes liegt. Hätte der Gesetzgeber eine derartige Beschränkung gewollt, so würde er das etwa folgendermaßen zum Ausdruck gebracht haben: „Besitzt jemand — — oder in einem ähnlichen durch Vertrag begründeten Verhältnis“; so aber spricht er schlechthin von einem „Verhältnis“. Es ist deshalb kein für die Entstehung mittelbaren Besitzes wesentliches Moment, daß sich das Kausalverhältnis auf einen Vertrag zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer gründet, vielmehr genügt jedes durch einen Rechtsakt hervorgerufene Verhältnis. Der Rechtsakt braucht nicht direkt auf die Ueberlassung des Besitzes gerichtet zu sein; er wird in der weitaus größten Zahl der Fälle in einer privaten Disposition bestehen, sei es in einer Verfügung von Todeswegen, z. B. der Bestellung eines Testamentsvollstreckers oder in einem Rechtsgeschäft unter Lebenden und zwar in einem obligatorischen Vertrag (z. B. Pacht, Miete, Verwahrungsvertrag, Leihe, Werkvertrag, Gesellschaftsvertrag, Auftrag, Frachtvertrag) oder in der Bestellung eines dinglichen Rechts (z. B. Nießbrauch, Pfandrecht, Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB.) oder auch in der Eingehung der Ehe, insofern dadurch dem Ehemann der Besitz an den seiner Nutznießung unterliegenden eingebrachten Sachen seiner Ehefrau zufällt. Der Rechtsakt kann aber auch eine richterliche Entscheidung sein, z. B. Bestellung eines Konkursverwalters, Vormundes, Pflegers, Zwangsverwalters, Testamentsvollstreckers. — Aber nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes ist zu folgern, daß eine nahe rechtliche Beziehung zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler verlangt werden muß, auch aus einem anderen Gesichtspunkt ergibt sich dieses Erfordernis. Wir hatten oben festgestellt, daß der mittelbare Besitz wirklicher, echter Besitz ist; als solcher ist er, von wenigen Ausnahmen abgesehen, mit denselben Rechtsfolgen ausgestattet, wie der Besitz gemäß § 854 BGB. So kann der mittelbare Besitzer beispielsweise das Eigentum an der in den Händen des unmittelbaren Besitzers befindlichen Sache bestellen. Ferner stehen dem mittelbaren Besitzer die Besitzschutzrechte des § 869 BGB. zu; die Eigentumsvermutung (§ 1007 BGB.) spricht für ihn, nicht für den tatsächlichen Gewalthaber. Der

Gesetzgeber und auch die Verkehrsauffassung sehen in allen Fällen, wo der Besitz an einer Sache einem Dritten vorübergehend zur Erreichung bestimmter Zwecke überlassen ist, diesen Besitz als einen noch dem unmittelbaren Besitzer gehörigen an, da der Besitz ja für den Besitzmittler ein fremder ist und von der Sache nur den vereinbarten Gebrauch machen darf. Deshalb muß aber stets eine nahe rechtliche Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache gefordert werden, um den Besitz an der Sache als einen dem mittelbaren Besitzer gehörigen erscheinen zu lassen. Da die Beziehung keine so enge sein kann wie im § 854 BGB., genügt ein nahes, rechtliches Band zwischen Ober- und Unterbesitzer in Bezug auf die Sache; ein solches gibt uns aber ein durch Vertrag oder einen andern Rechtsakt begründetes Kausalverhältnis. — Weiter ist zu fragen, ob auch für die „ähnlichen" Verhältnisse verlangt werden muß, daß, wie es bei den vom Gesetzgeber aufgeführten Fällen ist, der Besitz stets aus der Hand des mittelbaren Besitzers an den Besitzmittler gelangt. Hierzu ist zu sagen, dieses den in § 868 BGB. aufgeführten Fällen gemeinsame Merkmal ist kein wesentliches Erfordernis, m. a. W. der Besitz kann auch von einer andern Seite in die Hände des Besitzmittlers gelangen, wenn nur der Besitz, wie eben besprochen, allgemein als einer bestimmten andern Person, dem mittelbaren Besitzer, zugehörig angesehen wird und auf Grund eines Rechtsaktes vorübergehend in Händen des Besitzmittlers ist. Den Pachtvertrag zählt das Gesetz selbst als ein Verhältnis auf, bei dessen Vorliegen mittelbarer Besitz entsteht; demnach hat der Verpächter eines Landguts mittelbaren Besitz auch an den einzelnen Stücken des Gutsinventars (z. B. Pflüge, Ackerwagen, lebendes Inventar). Für den Fall nun, daß der Pächter das Inventar zum Schätzungswert übernommen hat und zu diesem auch wieder zurückgewähren soll, bestimmt § 588 BGB., daß der Pächter abgenutzte, durch den Gebrauch wertlos gewordene Inventarstücke zu ergänzen hat und, daß der Verpächter mit der Einverleibung dieser nachgeschafften Sachen in das Gutsinventar Eigentümer derselben wird; wäre es nun nicht im höchsten Grade eigenartig, wenn man dem Verpächter trotz seines Eigentums den mittelbaren Besitz an den neu angeschafften Sachen absprechen würde? Auch im Falle des constitutum possessorium wo der bisherige Eigenbesitzer zum Fremdbesitzer wird, kann nicht davon die Rede sein, daß der unmittelbare Besitz an der Sache vorher beim jetzigen Eigentümer war und aus dessen Hand in die des nunmehrigen Fremdbesitzers gelangte. Ein weiteres Beispiel dafür, daß der unmittelbare Besitzer den Be-

sitz nicht unbedingt aus der Hand des mittelbaren Besitzers erlangt haben muß, ist folgender Fall: ich beauftrage den A, eine Sache des B in meinem Namen und auf meine Rechnung käuflich für mich zu erwerben. Wenn sich der Gesetzgeber in den §§ 941, 986, 991 BGB. des Ausdrucks bedient, der Besitzmittler leite sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ab, so darf das nicht dahin verstanden werden, der Besitz müsse dem Besitzmittler stets von dem mittelbaren Besitzer überlassen worden sein, vielmehr will der Gesetzgeber dadurch nur zum Ausdruck bringen, daß der Besitz in der oben dargelegten Weise dem mittelbaren Besitzer gehöre, dem Besitzmittler nur auf bestimmte Zeit zur Erreichung des vereinbarten Zweckes überlassen sei und, daß der Besitzmittler nach Ablauf der Zeit seiner Berechtigung oder Verpflichtung den Besitz an der Sache dem mittelbaren Besitzer herauszugeben oder zurückzuerstatten habe.[22] Den Ausführungen von Kreß[23] können wir uns nach den vorangegangenen Erörterungen nicht anschließen.

Unerläßliches Erfordernis für die Entstehung mittelbaren Besitzes ist aber weiter, daß das Rechtsverhältnis ein genau bestimmtes, konkretes ist.[24] Das bloße Uebereinkommen der Parteien, daß der Erwerber künftighin mittelbarer Besitzer sein soll (abstraktes constitutum possessorium kann nicht als ein für die Begründung mittelbaren Besitzes geeignetes Verhältnis angesehen werden. Daß beim Erwerb des mittelbaren Besitzes durch constitutum possessorium das Vorliegen eines genau bestimmten Rechtsverhältnisses eine essentielle Voraussetzung ist, ergibt sich aus § 930 BGB., hier wird nämlich gefordert, daß zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt; mittelbarer Besitz ist aber ohne ein bestimmtes, den im § 868 BGB. genannten Beispielen ähnliches Verhältnis nicht möglich. Das Reichsgericht[25] hat zu dieser Frage Stellung genommen und vertritt denselben Standpunkt, indem es sich dahin ausspricht, daß ein abstraktes constitutum possessorium (wobei das Versprechen, die Sache herauszugeben, ohne Beziehung auf einen bestimmten Verpflichtungsgrund gegeben wurde), auch wenn es (wie in dem gegebenen Falle) zugunsten des veräußernden Besitzers bis zur Zahlung des Kaufpreises zeitlich beschränkt ist, als ein solches ähnliches Verhältnis nicht beurteilt werden dürfe, daß vielmehr zur Annahme dieses Begriffs stets ein konkretes Rechtsverhältnis vorliegen müsse.

---

22) So auch Rhode S. 20.
23) Seite 194.
24) Strohal S. 91 f.; Bartels S. 568; v. Staudinger § 868 S. 67.
25) RGZ. Band 49 Seite 173; vergl. auch Band 54 S. 398.

Nach den vorangegangenen Ausführungen setzt der Begriff des „ähnlichen“ Verhältnisses voraus:

1. Der Unterbesitzer muß an der Sache unmittelbaren Besitz i. S. von § 854 BGB. haben.
2. Der Unterbesitzer muß den Besitz auf Grund eines durch Rechtsakt begründeten konkret bestimmten Rechtsverhältnisses erlangt haben, wonach der Besitz als einer andern Person (dem Oberbesitzer oder mittelbaren Besitzer) zugehörig angesehen werden kann.
3. Aus diesem Rechtsverhältnis muß sich ein gültiger Herausgabeanspruch des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer ergeben.

2. Kapitel.

Ueber den Einfluß der Ungültigkeit des Kausalverhältnisses auf die Entstehung mittelbaren Besitzes.

Ueber die Frage, ob das Rechtsverhältnis gültig sein muß, herrscht in der Literatur Streit. Man könnte meinen, weil der Gesetzgeber von einem Verhältnisse spricht, vermöge dessen der Erwerber zum Besitze „berechtigt oder verpflichtet“ ist, müsse in jedem Falle ein rechtsgültiges Verhältnis zwischen den Parteien verlangt werden. In der Tat stützen sich auch einige Schriftsteller auf diesen Wortlaut des Gesetzes, mit der Begründung, eine Berechtigung und Verpflichtung könne sich nur aus einem gültigen Rechtsverhältnis ergeben, und sie stellen deshalb die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses als ein unerläßliches Erfordernis für die Entstehung mittelbaren Besitzes auf.[26] Eine große Zahl andrer Schriftsteller[27], ja man kann sagen, die herrschende Lehre, verlangt dieses Erfordernis nicht zur Begründung mittelbaren Besitzes und behauptet, daß mittelbarer Besitz auch bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses entstehen kann. Zu dieser Streitfrage ist zu sagen:

Es muß ein durch Rechtsakt hervorgerufenes Verhältnis vorliegen, aus dem sich ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler ergibt, doch braucht der Rechtsakt nicht gültig zu sein, denn auch infolge eines ungültigen Rechtsaktes kann ein Verhältnis entstehen, das den Anforderungen des § 868 BGB. gerecht wird, m. a. W., es braucht nicht gerade das Rechtsverhältnis gültig zur Entstehung gelangen, das die Parteien

26) Bartels in Gruchots Beiträgen Band 42 S. 659; Aravantinos in Iherings Jahrbüchern Band 48 S. 116; Windscheid-Kipp S. 796.

27) v. Staudinger § 868, II, 2; Planck § 868 Nr. 7; Biermann § 868, 2, d; Wolff, Sachenrecht § 8, I, 2, Seite 24; Leonhard S. 71 und andere.

im Auge hatten.[28] Ist z. B. der Miet-, Leih-, Verwahrungsvertrag usw., auf Grund dessen die Sache an den Mittler gekommen ist, nach § 134 oder § 138 BGB. nichtig oder infolge Geschäftsunfähigkeit unwirksam (im letzten Falle vertritt das Reichsgericht einen andern Standpunkt, doch soll darauf erst in dem nächsten Kapitel bei den Erörterungen über die Bedeutung des Willens beim mittelbaren Besitz eingegangen werden), so entsteht fast immer das in § 812 BGB. geregelte Rechtsverhältnis der ungerechtfertigten Bereicherung oder ein solches aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus unerlaubter Handlung, wonach dem mittelbaren Besitzer ein Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler zusteht, der nach richtiger Auffassung nicht nur ein subsidiärer ist, sondern selbständig neben dem Herausgabeanspruch aus Eigentum steht. Mit Recht bemerkt daher M. Wolff:[29]

„Bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses ist ein aus ihm fließender Herausgabeanspruch nicht gegeben, aber es besteht zumeist statt dessen ein andrer, oft schwächerer Herausgabeanspruch, bald aus unerlaubter Handlung, bald aus auftragloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung; und solch ein Anspruch reicht zur Besitzmittlung hin.“[30]

Hieraus ergibt sich auch, daß § 870 BGB. nicht herangezogen werden kann, um darzutun, das beabsichtigte Rechtsverhältnis müsse rechtsgültig bestehen. Diese Gesetzesbestimmung verlangt ja nur „den“ Herausgabeanspruch und ein solcher ist doch, wenn auch freilich in schwächerer Form, wie wir dargetan haben, auch bei Ungültigkeit des beabsichtigten Rechtsverhältnisses gegeben. Auch solch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auftragloser Geschäftsführung ist abtretungsfähig und stellt im Falle der Ungültigkeit des beabsichtigten Rechtsverhältnisses „den“ Herausgabeanspruch dar. Fehlt es auch an einem solchen schwächeren Herausgabeanspruch, so kann auch von mittelbarem Besitz nicht die Rede sein, ein nur vermeintlicher Herausgabeanspruch, wie Planck[31] und Przibilla[32] es wollen, reicht nicht aus. — Man könnte nun sagen, wenn es in § 868 BGB. heißt „als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis“, entfalle der mittelbare Besitz, wenn die Bestellung des Nießbrauchs oder Pfandrechts, die Eingehung des Miet-, Pacht- oder Verwah-

28) So auch Rohde S. 23.
29) § 8, I, 2 Seite 24.
30) So auch Windscheid-Kipp S. 797; Rohde S. 24.
31) § 868 Nr. 5.
32) Seite 19.

rungsvertrages ungültig erfolgt sei, da ja in diesem Falle der Besitzmittler eben nicht „als Nießbraucher usw." besitze; so darf man jedoch nicht argumentieren, vielmehr ist hier in dieser Gesetzstelle dem Wörtchen „als" die Bedeutung „wie ein" oder „als ob" beizulegen.[33] Diese Auffassung ergibt sich auch aus einer Stelle der Kommissionsprotokolle,[34] wo die Frage aufgeworfen wird, ob mittelbarer Besitz auch bei ungültiger Bestellung des Nießbrauchs entsteht und gesagt wird, daß kein objektiv obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und Nießbraucher nötig sei, sondern, daß es ausreiche, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen, für diesen besitzen wolle. Mit dem Wörtchen „als" soll also nur gesagt werden, daß der Besitz unter dem Titel eines solchen Rechtsverhältnisses an den Besitzmittler gelangt, daß er ihm als einem Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. eingeräumt sein muß. — Aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt sich also, daß das von den Parteien gewollte Rechtsverhältnis ungültig sein kann, die Entstehung mittelbaren Besitzes wird daurch nicht beeinflußt, wenn nur infolge des ungültigen Rechtsakts ein gesetzliches Schuldverhältnis ins Leben tritt, aus dem sich ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler ergibt.

3. Kapitel.

Ueber die Bedeutung des Willens für die Entstehung mittelbaren Besitzes.

Auch diese Frage, ob der Wille für die Entstehung mittelbaren Besitzes von Einfluß ist, ist in der Literatur ein Gegenstand heftigen Streites; die einen messen dem Willen eine erhebliche Bedeutung bei und behaupten, der Mittler müsse den Oberbesitzer als mittelbaren Besitzer[35] oder das Besitzmittlungsverhältnis[36] anerkennen, andre hingegen stellen das Erfordernis des Willens nicht auf, schreiben ihm jedenfalls keine beeinflussende Bedeutung bei. In neuerer Zeit tritt Mengelkoch in einer längeren Abhandlung[37] für das Willenserfordernis ein. Die Ausführungen Mengelkochs sollen jedoch in einem besonderen Kapitel, dem nächsten, Gegenstand der Erörterungen sein; hier soll zunächst ohne Berücksichtigung der Ab-

33) v. Staudinger § 868 II, 2; Planck, Bemerkung 3 zu § 868; Biermann, Bem. 2 d zu § 868; Wolff, Sachenrecht S. 24.
34) IV, 608.
35) Gierke, Fahrnisbesitz S. 7 Anm. 15.
36) Cosack S. 90/91; Crome S. 32; Przibilla S. 24.
37) Iherings Jahrbücher, Band 76 S. 53—133.

handlung Mengelkochs zu dieser Streitfrage Stellung genommen werden. —

Sieht man sich den Wortlaut des § 868 BGB. an, so muß man feststellen, der Gesetzgeber gibt nirgends zu erkennen, daß für die Entstehung mittelbaren Besitzes der konkrete Wille der Parteien, insbesondere der des Mittlers, von Einfluß sei. Weder davon wird gesprochen, wie der konkrete Wille der Parteien sich zueinander verhalten, noch davon, wie er sich zu dem zwischen ihnen bestehender Verhältnis stellen muß. Zurückgewiesen muß die Auffassung werden, der Gesetzgeber ließe im Text des § 868 BGB., das Erfordernis des Willens durchblicken, indem er sich ausdrückt: besitzt jemand eine Sache „als" Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter usw.; mit dem Wörtchen „als" soll, wie wir im vorigen Kapitel gesehen haben, nur zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Verhältnis i. S. des § 868 BGB. auch dann vorliegen könne, wenn die Eingehung eines Miet-, Pacht- oder Verwahrungsvertrages, die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts zwar tatsächlich, aber in rechtsungültiger Weise stattgefunden hat. Die oben bereits erwähnte Stelle der Kommissionsprotokolle,[38] „es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen", will nur darauf hinweisen, daß es nicht auf die Gültigkeit des Rechtsakts, auf Grund dessen der Besitz in die Hände des Mittlers gelangt ist, ankomme. Daß diese Stelle nur so gedeutet werden kann, ergibt sich aus einer andern Stelle der Kommissionsprotokolle,[39] hier wird davon gesprochen, daß kein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller verlangt wird, es vielmehr auch ausreiche, wenn die Bestellung des Nießbrauchs tatsächlich erfolgt. Der Wortlaut des § 868 BGB. ist u. E. rein objektiv gefaßt und spricht gegen ein Willenserfordernis. — Gegen die Meinung, der mittelbare Besitz stehe und falle mit dem konkreten Willen spricht auch, wie Leonhard[40] richtig hervorhebt, das Vorhandensein der Bestimmung des § 871 BGB.:

„Steht der mittelbare Besitzer zu einer Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer".

Hiernach bleibt der mittelbare Besitz auch dann bestehen, wenn der Besitzmittler seinen Besitz auf eine dritte Person überträgt und zu dieser in ein Verhältnis der in § 868 BGB. angegebenen Art

38) IV, 608.
39) III, 198.
40) Seite 74/75.

trifft. Kraft ausdrücklicher Benennung in § 868 liefert die Verpfändung einer Sache ein zur Begründung mittelbaren Besitzes geeignetes Verhältnis. Für den Fall nun, daß der Mieter einer Sache diese ungetreuerweise einer dritten Person zum Pfande für eine Forderung gegen ihn gibt, bleibt der mittelbare Besitz des Vermieters bestehen, denn das Gesetz sagt nichts davon, daß in dem Falle, wo der Unterbesitzer die Sache vertragswidrig weitergibt, der mittelbare Besitz des Oberbesitzers erlischt. Die Verpfändung der Sache durch den Mieter enthält aber eine Aneignung derselben und demnach eine Willensäußerung des Inhalts: ich erkenne den mittelbaren Besitzer nicht mehr an, will nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzen. Würde man nun dem Willen die Bedeutung eines unerläßlichen Erfordernisses beilegen, so würde der mittelbare Besitz des Vermieters im Widerspruch zu dem Wortlaut des § 871 BGB. sein Ende finden. Im gegebenen Beispiel bleibt also der mittelbare Besitz des Vermieters fortbestehen, obwohl der Mieter seinen Willen, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer zu besitzen und diesen nicht mehr anzuerkennen sogar hat zur Wirklichkeit werden lassen. Ganz ebenso liegt es, wenn der Mieter oder Entleiher die Sache ohne Genehmigung des mittelbaren Besitzes weitervermieten oder verleihen, besonders, wenn sie sich der dritten Person gegenüber als Eigentümer der Sache aufspielen, denn auch in diesen Fällen bringen die Unterbesitzer durch ihre Handlungsweise ein Nichtmehranerkennen des mittelbaren Besitzers zum Ausdruck.

Gegen das Willenserfordernis spricht weiter auch § 870 BGB. Mit dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung läßt sich ein Willenserfordernis nicht in Einklang bringen. Nach § 870 BGB. wird der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen, aber aus keinem Worte läßt sich ersehen, daß der Uebergang des mittelbaren Besitzes davon abhängt, daß der Besitzmittler auch den Erwerber anerkenne. Vielmehr geht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs der mittelbare Besitz auf den Erwerber auch dann über, wenn der Besitzmittler keine Ahnung von der Uebertragung hat, ja sogar dann, wenn der Besitzmittler sich mit der Uebertragung nicht einverstanden erklärt. Im letzten Fall kann von einem Anerkennen des Besitzmittlers keine Rede sein und doch wird der Erwerber mittelbarer Besitzer. — Mit der Auffassung, der mittelbare Besitz müsse sich auf dem konkreten Willen des Besitzmittlers aufbauen, ist auch der Zweck, den der Gesetzgeber mit dem Institut des mittelbaren Besitzes verfolgt, nicht in Einklang zu bringen. Der Zweck des mittelbaren Besitzes liegt darin, dem Eigen-

tümer die Rechtsfolgen, die sich an den Besitz knüpfen, auch dann zu erhalten, wenn er seine Sache auf Zeit aus der Hand gibt, d. h. vorübergehend einem Dritten überläßt. Diesen Zweck könnte der Unterbesitzer vereiteln, wenn er erklärt, den mittelbaren Besitzer nicht mehr anzuerkennen. Mit Aufstellung des Willenserfordernisses würde man daher die Untreue des Besitzmittlers unterstützen, daß aber hierzu nicht der geringste Grund vorliegt und vom Gesetzgeber keineswegs gewollt ist, wird niemand leugnen können. Der mittelbare Besitzer würde aufs schwerste geschädigt, ließe man die bloße Willkür des Besitzmittlers über den Fortbestand des mittleren Besitzes entscheiden. Der mittelbare Besitzer wäre nicht einmal immer in der Lage, der Untreue des Mittlers wirksam entgegenzutreten. Macht B, dem von A mietweise eine Sache überlassen ist, einen Gebrauch, der gegen die vertragliche Vereinbarung verstößt, so kann A Unterlassung gem. § 550 BGB. verlangen oder aber Herausgabe der Sache gem. § 553 BGB. fordern, wenn B den vertragswidrigen Gebrauch der Sache trotz Mahnung fortsetzt. Zeigt sich nun aber die Untreue des B nur in Erklärungen, so ist A machtlos. Dem A stünde nicht die Feststellung des mittelbaren Besitzes zu, weil ja dieser bereits beendet ist; A könnte wohl auf Feststellung des Mietverhältnisses klagen, das Urteil würde aber den B nicht hindern können, in seiner Auflehnung gegen A auch künftighin zu beharren, „denn der Richterspruch kann zwar eine Willenserklärung ersetzen, nicht aber einen Willensinhalt".[41]

Zieht man die praktischen Konsequenzen aus dem Willenserfordernis, so sieht man, daß es die größte Unsicherheit im Rechtsverkehr hervorrufen würde.

Eine Bestätigung des Willenserfordernisses, könnte man meinen, liefern die Bestimmungen der §§ 1381, 1646 BGB.; weil hier der Erwerb des Eigentums und somit auch des mittelbaren Besitzes der Ehefrau und des Kindes an den vom Ehemann und Vater mit Mitteln der Ehefrau bezw. des Kindes erstandenen Sachen davon abhängig gemacht wird, daß der Ehemann oder Vater für die Ehefrau oder das Kind erwerben wolle. Jedoch dieser Gedanke ist, wie Rohde[42] richtig ausführt, als abwegig zurückzuweisen. In diesen Gesetzesbestimmungen wird nur gesagt, daß die vom Ehemann oder Vater mit Mitteln der Ehefrau oder des Kindes erworbenen Sachen nicht in das Eigentum der Ehefrau oder des Kindes fallen, wenn der Ehemann oder Vater nicht für diese erwerben will;

41) Leonhard S. 74.
42) Seite 37/38.

erst die Folge daraus ist dann, daß für die Ehefrau oder das Kind auch kein mittelbarer Besitz an den mit ihren Mitteln erworbenen Sachen entsteht, mit den Erfordernissen des mittelbaren Besitzes an sich haben diese Gesetzesbestimmungen nichts zu tun. Würde der Gesetzgeber diese Vorschriften dahin lautend gegeben haben, daß alle mit Mitteln der Ehefrau oder des Kindes erworbenen Sachen in das Eigentum der Ehefrau oder des Kindes fallen sollen, so würde mittelbarer Besitz an diesen Sachen auch für den Fall zur Entstehung kommen, daß der Ehemann oder der Vater den Willen hätte, die Sachen für seine Person zu erwerben.

Es ist nun aber selbstverständlich, daß der Besitzmittler den Besitz nicht ohne Willen hat; auch der mittelbare Besitzer hat, wenn er von seinem Besitz Kenntnis hat und genügend einsichtig und willensfähig ist, den Willen, die Sache nach Ablauf der festgesetzten Zeit in seinen Händen zu haben, bezw. wieder zu haben. Beide haben den Willen, daß das Machtverhältnis des Uebertragers zur Sache nicht gelöst werden, sondern auch weiterhin bestehen soll. Dieser Wille, von dem hier die Rede ist, ist aber ein rein tatsächlicher innerer Vorgang, es ist der natürliche Wille, den jeder geistig normale, genügend entwickelte Mensch zu bilden imstande ist.[43] Wie wir gesehen haben, ist auch der mittelbare Besitz ein tatsächliches Sachherrschaftsverhältnis, deshalb kann hier nicht der vom Gesetzgeber in den §§ 104 ff BGB. geregelte Wille in Frage kommen, d. h. es kann keine rechtsgeschäftliche Willensfähigkeit verlangt werden. Auch Minderjährige können daher, soweit sie zur Bildung eines solchen natürlichen Willens fähig sind, mittelbaren Besitz erwerben und übertragen. Wir können uns daher den Ausführungen des Reichsgerichts[44] nicht anschließen, wenn es sagt, der Geschäftsunfähige könne sich zwar des unmittelbaren Besitzes entschlagen, jedoch sich nicht den mittelbaren Besitz vorbehalten, weil er einen rechtsgeschäftlichen Willen weder fassen noch erklären könne. — Der Vertrag, der die causa für die Begründung mittelbaren Besitzes gründet, muß unter allen Umständen rechtsgültig sein und den Anforderungen der §§ 104 ff BGB. genügen, man darf aber die Voraussetzungen für einen Vertrag nicht für die Erklärungen der Parteien fordern, welche die Grundlage der tatsächlichen Gewalt verkörpern, weil es sich hier allein darum handelt, ein tatsächliches Sachherrschaftsverhältnis zu begründen. Es genügt daher u. E., der

---

43) Rohde S. 29; Hausmann S. 14; ähnlich Leonhard S. 70 f.
44) RGZ. Band 98 S. 131 (vergl. auch Band 105, S. 414).

rein natürliche Wille für die Entstehung mittelbaren Besitzes, rechtsgeschäftlicher Wille kann nicht verlangt werden.

Da es nun durchaus möglich ist, daß Wille und Erklärung sich nicht decken, ist zu prüfen, ob der Wille oder die Erklärung den Ausschlag gibt. In den §§ 116 ff BGB., also beim rechtsgeschäftlichen Willen, hat der Gesetzgeber diese Frage dahin beantwortet, daß der innere Vorgang der Willensbildung unbeachtlich bleibt, die Erklärung den Ausschlag gibt; mit Recht, denn im Rechtsleben muß man auf die Erklärung des andern Teils vertrauen können, auf das, was er in Worten oder durch Handlungen zum Ausdruck bringt. Nicht anders wie beim rechtsgeschäftlichen Willen darf es beim natürlichen Willen sein, der im Gebiet des Besitzrechts eine Rolle spielt, an diesen sind u. E. sogar geringere Anforderungen zu stellen, wie an jenen. Der innere Vorgang kann nur so bewertet und beachtet werden, wie er in die Außenwelt gelangt, ja man kann sagen, daß die Worte oder Handlungen den natürlichen Willen selbst darstellen.[45] Wir vertreten deshalb die Meinung, daß für die Entstehung mittelbaren Besitzes auf beiden Seiten nur der natürliche Wille vorhanden zu sein braucht, der Uebertrager der Sache solle Oberbesitzer bleiben; hierbei ist wieder nicht der innere Wille maßgebend, sondern der in Erscheinung getretene Wille.

4. Kapitel.

Stellungnahme zu der Abhandlung Mengelkochs.

Mengelkoch[47] steht auf dem Standpunkt, die Entstehung mittelbaren Besitzes sei unabhängig von der Gültigkeit des ihm zugrundeliegenden Kausalverhältnisses; damit lehnt er jedoch nicht das Erfordernis der Rechtsgültigkeit ab, denn Mengelkoch fordert für die Entstehung mittelbaren Besitzes Uebereinstimmung der Willen über die Besitzgestaltung und nimmt weiter an, daß diese sich mit den Vorstellungen über das Recht notwendig decken müssen, deshalb kommt er, von wenigen Ausnahmen abgesehen, doch wieder auf die Gültigkeit des Kausalverhältnisses hinaus. So heißt es wörtlich bei Mengelkoch:[48]

„Das Besitzverhältnis ist nicht abhängig vom Rechtsverhältnis. Wir behaupten nicht, der mittelbare Besitz scheitere, weil das Rechtsverhältnis ungültig ist, sondern beides ist die Doppelwirkung einer gemeinsamen höher liegenden Ursache, als deren Folge sich aus-

45) Wolff, Sachenrecht § 7 Anm. 2; Crome S. 44; Kreß S. 168.
46) Iherings Jahrbücher, Band 76 S. 53—133.
47) S. 132.
48) S. 60.

sprechen läßt: der mittelbare Besitz scheitert, wenn das Rechtsverhältnis aus bestimmten Gründen nicht zustande kommt oder nichtig ist."

Wie soeben erwähnt, legt Mengelkoch dem Willen der Parteien eine entscheidende Bedeutung bei. Am besten kommt dies in seinen Worten zum Ausdruck:[49]

„Abgeleiteter Fremdbesitz entsteht nur, wenn der Uebertrager Fremdbesitz übertragen, der Erwerber Fremdbesitz erwerben will, und zwar nur, wenn er ebenfalls abgeleiteten Fremdbesitz erwerben will und ferner nur dann, wenn auch die Unterart des Besitzes als die gleiche gewollt wird."

Hiernach macht Mengelkoch beim Fremdbesitz die Unterscheidung zwischen „abgeleitetem" und „nicht abgeleitetem" Fremdbesitz. „Abgeleiteter" Fremdbesitz ist nach ihm dann gegeben, wenn der Unterbesitzer die Sachherrschaft mit dem Willen des Oberbesitzers erworben hat, „nicht abgeleiteter" Fremdbesitz liege immer dann vor, wenn es an diesem Willen des Oberbesitzers fehlt oder sich dessen Wille mit dem Willen des Unterbesitzers in Bezug auf Art und Weise der Ausübung der Sachherrschaft nicht deckt. Mengelkoch ist der Ansicht, nur der „abgeleitete" Fremdbesetz begründe mittelbaren Besitz. — Wir können diese Auffassung Mengelkochs, wie sich aus den Erörterungen im vorhergehenden Kapitel ergibt, nicht teilen. Freilich ist zur Entstehung mittelbaren Besitzes erforderlich, daß der Oberbesitzer die Sachherrschaft des Erwerbes will; hat er den unmittelbaren Besitz einem andern überlassen, mag er nun die Sache dem Erwerber selbst gegeben oder das Ergreifen durch diesen gestattet haben, so muß er sein äußeres Gebaren gegen sich gelten lassen, daß sein innerer Wille ganz andrer Art ist, muß völlig unbeachtet bleiben; es sind hier die Bestimmungen der §§ 116 ff BGB. analog anzuwenden.

Wie weit Mengelkoch mit dem Willenserfordernis geht, zeigt sich am deutlichsten darin, daß er keinen mittelbaren Besitz des Uebertragers annimmt, wenn z. B. dieser vermieten will, der andre aber den Willen hat wie ein Pächter zu besitzen, ohne jedoch seinen Willen laut werden zu lassen. Mengelkoch verlangt demnach, daß die Willen sich auch in Bezug auf die Besitzunterart (z. B. Miet-, Pacht-, Verwahrungsbesitz) decken müssen. In dem von Mengelkoch angeführten Falle, wo der Oberbesitzer von seinem Gartengrundstück nur das darauf stehende Haus vermieten, die Nutzung des Gar-

49) S. 95.

tens für sich behalten will, der andre jedoch sich insgeheim vornimmt, die Früchte des Gartens zu ziehen, also wie ein Pächter zu besitzen, entsteht nach unserer Auffassung, entgegen der Ansicht Mengelkochs, mittelbarer Besitz. Der Erwerber hat keinen Eigenbesitzwillen verlautbaren lassen, sondern dem Eigentümer zu verstehen gegeben, daß er dessen Sachherrschaft achten werde; der Eigentümer andrerseits hat, wie sich aus den Umständen ergibt, den Willen, auch künftighin Herr der Sache zu bleiben, das aber genügt für die Entstehung mittelbaren Besitzes.

Aber Mengelkoch stellt sogar noch höhere Anforderungen an die Willensübereinstimmung der Parteien; nach ihm gelangt mittelbarer Besitz auch dann nicht zur Entstehung, wenn die beiderseitigen Willen in Bezug auf die Besitzunterart sich zwar decken, aber „in so wesentlichen" Punkten voneinander abweichen, daß das Rechtsgeschäft wegen mangelnder Willensübereinstimmung scheitert.[50] Mengelkoch leugnet hiernach die Entstehung mittelbaren Besitzes schon immer dann, wenn die Beteiligten sich über wichtige Einzelpunkte in Ansehung der Sachherrschaft, welche Mengelkoch in ihrer Gesamtheit „Besitzinhalt" nennt, nicht einig sind. Hierzu ist zunächst einmal zu bemerken, daß es im Einzelfalle nicht immer leicht festzustellen sein wird, ob die Besitzvorstellungen wesentlich voneinander abweichen oder nicht; daß diese Feststellung im konkreten Falle nicht geringe Schwierigkeiten bereiten wird, sieht auch Mengelkoch ein.[51] Mengelkoch meint, es dürfe vom Recht nicht übersehen werden, wenn jemand z. B. seine Villa als Privatwohnung vermietet, der Erwerber aber nach Ueberlassung aus der Villa ein Schiebermagazin macht.[52] Wir sind der Ansicht, daß auch hier für den Villeneigentümer mittelbarer Besitz entsteht. Es liegt hier sogar ein gültiger Mietvertrag vor, denn auch in dem Falle, wo der Erwerber bereits bei Abschluß des Vertrages den Willen hatte, die Villa entgegen seiner Erklärung nicht als Privatwohnung sondern als Schiebermagazin zu benutzen, wird die Gültigkeit seiner Erklärung (§ 116 BGB.) nicht beeinflußt. Bei beiden Parteien sind die Erklärungen darauf gerichtet, daß die Villa als Privatwohnung überlassen werden soll, beide erklären, daß der Erwerber nur Fremdbesitzer werden soll, danach sind auch in diesem Falle die Voraussetzungen für die Entstehung mittelbaren Besitzes erfüllt. Es muß immer wieder hervorgehoben werden: Der Wille kann und darf rechtlich nur so gewertet werden, wie er in die Außenwelt gelangt.

50) S. 113.
51) S. 125.
52) S. 113.

Zur Stützung seiner Meinung, daß die Willen der Beteiligten in Ansehung des Inhalts der Sachherrschaft auch in den Einzelpunkten sich decken müssen, argumentiert Mengelkoch folgendermaßen:[53]

„Jeder einzelne konkrete Besitztatbestand ist die äußere Erscheinungsform eines ihm entsprechenden konkreten, nicht notwendig wirklichen, vielleicht nur widerrechtlich angemaßten oder vorgestellten, wenigstens aber vorstellbaren Rechts, seine äußere Betätigung als Herrschaft einer bestimmten Person über eine bestimmte Sache mit konkret bestimmtem Herrschaftsinhalt. Weicht die Erscheinungsform, die sich der Uebertrager vorstellt, von derjenigen ab, welche der Erwerber verwirklicht, so liegt ebensosehr eine Ungleichheit der beiderseitigen Willen über die Sachherrschaft vor, wie ein Nichtübereinstimmen über die Rechtsherrschaft."

Weiter sagt Mengelkoch dann, „soweit nun die beiderseitigen Vorstellungen des Rechts voneinander abweichen, sei es bewußt oder ein- oder beiderseits unbewußt, so ist die logische Folge, daß auch die Vorstellungen der Sachherrschaft verschieden sind." —

Es mag nun sein, daß die Willen der Beteiligten und auch ihre Erklärungen in Bezug auf die Ausübung der Sachherrschaft sich nicht decken, meist wird es aber doch so sein, daß die beiderseitigen Willen dahin gehen, daß Fremdbesitz entstehen soll, während sich die Meinungsverschiedenheit nur in einem Punkte über die Sachherrschaft zeigt. Verhält es sich so, daß die Einigung über den Sachgebrauch nur in einzelner Hinsicht fehlt, die Erklärungen aber darauf gerichtet sind, daß Fremdbesitz entstehen, d. h. daß der Uebertrager Gewalthaber über die Sache bleiben solle, so entsteht auch mittelbarer Besitz für den Uebertrager.

Für die Richtigkeit seiner Meinung über den Besitzinhalt zieht Mengelkoch die Bestimmung des § 869 BGB. heran. Nach herrschender[54] und richtiger Lehre ist diese Gesetzesbestimmung dahin auszulegen, daß dem Oberbesitzer gegen den Unterbesitzer kein Besitzschutz zusteht. Mengelkoch stellt sich nun auf den Standpunkt der herrschenden Lehre und meint[55] es bedeute eine ungerechtfertigte Härte für den Uebertrager, wenn man z. B. bei ungültigem Vertrag gleichwohl mittelbaren Besitz entstehen ließe, denn wegen der Ungültigkeit des Vertrages stünde ihm ein Vertragsschutz nicht zu, wegen § 869 BGB. kein Besitzschutz; es könne nicht der Wille des

---

53) S. 121, 122.

54) Planck, Staudinger, Biermann bei § 869; Leonhard S. 75; vergl. auch RGSt. Band 36 S. 322 ff.; a. M. Gierke, Gutachten S. 37.

55) S. 127.

Gesetzgebers gewesen sein, dem Uebertrager bei Ungültigkeit des Vertrages auch noch den Besitzschutz zu entziehen, so daß dieser völlig schutzlos dastehe. Leugne man mittelbaren Besitz, so sei die Sache dem Uebertrager abhanden gekommen und der Besitzschutz bliebe ihm auch dem Erwerber gegenüber erhalten.

Wir behaupten, daß der Uebertrager keineswegs gänzlich schutzlos dem Erwerber gegenüber dasteht, denn in der weitaus größten Zahl der Fälle wird, wie wir bereits an andrer Stelle dargelegt haben, bei Ungültigkeit des Vertrages ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Erwerber gegeben sein. Außerdem kann man, genau umgekehrt wie Mengelkoch, mit ebenso gutem Recht behaupten, es sei eine ungerechtfertigte Schädigung des Erwerbes, wenn man diesem, der auf die Erklärung des andern vertraut und von dem abweichenden Willen des Uebertragers keine Ahnung hat, den Besitz wieder entzöge. Der Erwerber muß in einem solchen Falle annehmen, daß der Uebertrager die der Erklärung entsprechende Ausübung des Besitzes durch ihn will.

Bekämpft muß auch die Ansicht Mengelkochs werden, der Wille des Erwerbes sei maßgebend dafür, ob er Fremdbesitzer oder Eigenbesitzer wird.[56] Mengelkoch zieht hier den § 872 BGB. heran. Wir leugnen keineswegs, daß im § 872 BGB. das Willenserfordernis beachtlich ist; jedoch auch für diese Gesetzesbestimmung muß das bisher Gesagte gelten, daß, wenn Wille und Erklärung sich nicht decken, nur die Erklärung rechtlich zu beachten ist.[57]

Schließt A mit B einen gültigen Verwahrungsvertrag, B aber hat den geheimen Willen, die ihm in Verwahrung gegebene Sache als seine eigene zu haben, so entsteht nach Mengelkoch kein mittelbarer Besitz für A; Mengelkoch läßt also die Willkür des Erwerbers darüber entscheiden, ob mittelbarer Besitz entstehen soll oder nicht. Daß diese Auffassung im Rechtsverkehr zu den größten Unzuträglichkeiten führen muß, überhaupt das Institut des mittelbaren Besitzes in Frage stellt, wird niemand abstreiten können, auch für unser Recht muß der römische Satz „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest“ gelten. Im Besitzrecht wird der Wille der Parteien durch ihre Erklärungen dargestellt, es war ganz gewiß nicht die Absicht des Gesetzgebers, durch Schaffung des § 872 BGB. hieran etwas zu ändern.

Schließlich können wir Mengelkoch auch darin nicht beitreten, wenn er behauptet,[58] es sei ausgeschlossen, daß dieselbe Person in

56) S. 94 unten.
57) Maenner S. 128.
58) S. 103 f.

Bezug auf dieselbe Sache mittelbarer und unmittelbarer Besitzer zugleich sein kann. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb man z. B. in dem von Mengelkoch angeführten Falle, wo ein Grundstücksbesitzer, unter Vorbehalt der Fruchtnutzung, seinen Garten als Wäschebleiche an einen andern vermietet, mittelbaren Besitz des Grundstücksbesitzers leugnen sollte. Man kann hier doch nicht sagen, weil der Grundstücksbesitzer weiterhin unmittelbaren Besitz an dem Garten hat, könne er nicht mittelbarer Besitzer sein. Der Grundstücksbesitzer muß mittelbarer Besitzer werden, denn es sind ja alle Voraussetzungen für die Entstehung mittelbaren Besitzes erfüllt. Freilich verliert in diesen Fällen der mittelbare Besitz den größten Teil seiner Bedeutung, denn die Auswirkungen des unmittelbaren Besitzes sind naturgemäß viel stärker als die des mittelbaren Besitzes. Man kann wohl sagen, der mittelbare Besitz ruht in solchen Fällen, wird durch den unmittelbaren Besitz überschattet, aber es ist unrichtig, zu sagen, mittelbarer Besitz sei garnicht vorhanden. Treffend bemerkt daher Wolff,[59] der bei der Behandlung des § 871 BGB. von einer „Besitzleiter" spricht, „dabei kann es sein, daß dieselbe Person auf verschiedenen Sprossen der Besitzleiter steht". So wird nach den von Wolff gegebenen Beispielen der Untermieter, welcher das Grundstück erwirbt, zweitstufiger mittelbarer Eigenbesitzer und bleibt unmittelbarer Fremdbesitzer; einen ähnlichen Fall liefert uns, wie Wolff zeigt, das Gesetz selbst in § 1052 Absatz II Satz 2 BGB.: Der Nießbrauchsverwalter, der zugleich Eigentümer ist, ist seiner Doppelstellung entsprechend sowohl Verwaltungsbesitzer (und als solcher Besitzmittler des Nießbrauchers) als auch zweitstufiger mittelbarer Eigenbesitzer. Ein anderes Beispiel:[60] Beläßt der pfändende Gerichtsvollzieher die Pfandsachen beim Vollstreckungsschuldner, so besteht die Besitzleiter: Schuldner unmittelbarer (Verwahrungs-) Besitzer, Gerichtsvollzieher erststufiger mittelbarer (Amts-)Besitzer, Gläubiger zweitstufiger mittelbarer (Pfand-) Besitzer, Schuldner, drittstufiger mittelbarer (Eigen-) Besitzer.

V. Abschnitt.

Beispiele für „ähnliche" Verhältnisse, welche mittelbaren Besitz begründen.

Ein „ähnliches" Verhältnis, das für die Begründung mittelbaren Besitzes geeignet ist, liefert uns zweifellos der Leihvertrag.

---

59) Sachenrecht § 8 II, S. 25.
60) Wolff: ebendort.

Mittelbarer Besitz entsteht ferner auch beim Auftrag und der Einkaufskommission für den Auftraggeber und den Kommittenten für den Fall, daß der Beauftragte oder Einkaufskommissionär die Sachen im Namen des Auftraggebers oder Kommittenten erwerben,[61] also immer dann, wenn die Stellvertretung eine offene (direkte) ist; im andern Falle, d. h. bei stiller (indirekter) Stellvertretung, wie es ja bei der Einkaufskommission die Regel ist, gelangt mittelbarer Besitz erst immer dann zur Entstehung, wenn die Parteien durch weitere äußere Momente zu erkennen gegeben haben, daß die fragliche Sache von dieser Zeit ab dem Mandanten gehören soll und dem Beauftragten nur noch zum Zwecke der Verwahrung belassen wird.[62]

Ein weiteres Beispiel für ein „ähnliches" Verhältnis i. S. des § 868 BGB. ist der Werkvertrag, es sei denn, daß der Unternehmer selbst den Stoff zu dem herzustellenden Werke liefert (Werklieferungsvertrag i. S. von § 651 BGB.); § 651 BGB. sagt ausdrücklich, daß auf diesen Fall die Vorschriften über den Kauf zur Anwendung kommen, und wir werden später zeigen, daß der Verkäufer bis zur Uebergabe der verkauften Sache nicht Besitzmittler des Käufers ist.

Aus dem Gebiete des Handelsrechts wären zu nennen der Lagerhalter und der Frachtführer; sie sind Besitzmittler derjenigen Personen, die ihnen die Sachen zur Lagerung oder zum Transport übergeben haben, den letzteren steht ein Herausgabeanspruch aus dem Lager- und Frachtvertrag zur Seite, Lagerhalter und Frachtführer aber sind zum Besitz der ihnen übergebenen Sachen berechtigt und auch verpflichtet. Mittelbare Besitzer sind weiterhin, um auf dem Gebiete des Handelsrechts zu bleiben, auch diejenigen, die mittels eines sogenannten Traditions- oder Dispositionspapiers, wie Konossement, Ladeschein, Lagerschein, über eine Sache verfügen können (vergl. die §§ 369 I, 397, 410, 440 II HGB.).[63]

Wie bei Erwähnung des Werkvertrages als „ähnliches" Verhältnis i. S. von § 868 bereits angedeutet, entsteht kein mittelbarer Besitz für den Käufer, wenn ihm die Sache verkauft ist, aber noch im Besitz des Verkäufers verbleibt. Ohne Bedeutung für die Entscheidung der vorliegenden Frage ist es jedoch, daß die Gefahrtragung nicht, wie im römischen Recht, bereits mit Abschluß des Kaufvertrages, sondern gem. § 446 BGB. erst mit der Uebergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht,[64] denn dadurch wird weder

61) v. Staudinger § 868, III, 2, a.
62) So auch Planck, v. Staudinger, Biermann bei § 868; Leonhard S. 98.
63) So auch v. Staudinger § 868, III, 2 a.
64) Wie Wendt (S. 63 f) und Klein (S. 74 f) es wollen.

an der Pflicht des Verkäufers zur Aufbewahrung etwas geändert, noch an dem Grund, aus dem der Verkäufer den Besitz erlangt hat. Auch Leonhards[65] Auffassung können wir nicht teilen, der mittelbaren Besitz des Käufers deshalb leugnet, weil der Verkäufer nicht zum Besitz, sondern nur zur Aufbewahrung der Sache verpflichtet sei. Ganz richtig führt Rohde[66] gegen Leonhard aus, daß eine Pflicht für die Begründung mittelbaren Besitzes nicht unbedingt erforderlich sei, auch ein Recht zum Besitz reiche aus und ein solches könne in dem hier vorliegenden Fall nicht geleugnet werden; mittelbarer Besitz entstehe z. B. beim Verwahrungsvertrage auch dann, wenn der Verwahrer vom Deponenten ermächtigt sei, die Sache einem Dritten zur Aufbewahrung zu geben, somit eine unbedingte Pflicht, die Sache zu besitzen, für den Verwahrer nicht gegeben sei. Der Grund, weshalb hier für den Käufer mittelbarer Besitz nicht angenommen werden kann, ist vielmehr der, daß der Verkäufer den Besitz nicht auf Grund eines Rechtsakts für oder durch den Käufer erlangt hat; der Verkäufer hat den Besitz doch nicht infolge des mit dem Käufer abgeschlossenen Vertrages, sondern auf Grund seines Eigentums an der Sache. — Genau so gelagert ist der Fall der Schenkung; hat A dem B in gültiger Form schenkweise seine Bibliothek versprochen, so kann von einem mittelbaren Besitz des B keine Rede sein, weil ja A die Bibliothek nicht auf Grund eines Rechtsverhältnisses mit B hat, sondern auf Grund seines Eigentums.

Wie ist es nun in dem Falle, wo sich der Verkäufer das Eigentum an der verkauften und dem Käufer bereits übergebenen Sache vorbehält. In der Literatur ist bestritten, ob hier für den Verkäufer mittelbarer Besitz entsteht. Thiesing[67] verneint diese Frage in einem Aufsatz, der sich speziell mit Beantwortung dieser Frage befaßt. Thiesing begründet seine Meinung damit, daß er sagt, es liege hier im Grnude ein Veräußerungsgeschäft vor, mit dem Endziel, die Sache in das Eigentum des Erwerbers zu überführen und damit endgültig der Machtsphäre des Veräußerers zu entziehen, was gegen das Prinzip des § 868 BGB. verstoße.[68] Wir halten dafür, daß für den Verkäufer, wenn er sich das Eigentum an der verkauften Sache vorbehält, mittelbarer Besitz entsteht. Der Käufer besitzt bis zur Zahlung des Kaufpreises nicht in Ausübung gegenwärtigen Eigentums. Der Käufer ist vorerst nur auf Zeit — bis zum Ausfallen der

---

65) S. 73 oben.
66) S. 47.
67) Archiv für bürgerl. Recht, Band 20 S. 240—251.
68) Unter derselben Begründung lehnt auch Planck (§ 868: 2 b) mittelbaren Besitz des Veräußerers ab. — Verneinend auch Biermann bei § 868 und Kreß S. 197.

Bedingung — dem Verkäufer gegenüber zum Besitz berechtigt; der Verkäufer hat den Besitz nicht verloren, er soll und will die verkaufte Sache zurückhaben für den Fall, daß die Bedingung ausfällt.[69]

Strittig ist auch, ob im Falle der Bestellung eine Erbbaurechts der Erbbauberechtigte dem Verpflichteten mittelbaren Besitz vermittelt; man wird das annehmen können, obwohl hier freilich die Zeitspanne sehr ausgedehnt ist.[70]

Bei der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 808 ZPO. erwirbt der Gläubiger, für den der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung betreibt (Pfändungsgläubiger), mittelbaren Besitz an den vom Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner weggenommenen Sachen, der Schuldner büßt den Besitz als solchen gänzlich ein.[71] Streit herrscht aber, ob auch dann ein Verhältnis i. S. des § 868 BGB. vorliegt, wenn der Gerichtsvollzieher die von ihm gepfändeten Sachen beim Vollstreckungsschuldner beläßt, was ja nach ausdrücklicher Vorschrift des § 808 Abs. 2 ZPO. möglich ist und in der Praxis in der Tat außerordentlich häufig vorkommt. Es geht u. E. nicht an, in diesem Falle, wo der Gewahrsam dem Vollstreckungsschuldner verbleibt, den Schuldner nur als Besitzdiener anzusehen, man muß vielmehr der herrschenden Lehre zustimmen, welche im Falle des § 808 Abs. 2 ZPO. den Schuldner als unmittelbaren Besitzer behandelt, dem Gerichtsvollzieher erststufigen, mittelbaren Besitz zuspricht, den Pfändungsgläubiger aber als mittelbaren Besitzer zweiten Grades auffaßt.[72]

Kein für Begründung mittelbaren Besitzes geeignetes Verhältnis liefert uns, das ist wohl kaum bestritten, das Rechtsverhältnis des Vorerben zum Nacherben. Die Erbschaftssachen gehören bis zum Eintritt der Nacherbfolge dem Vorerben, nicht aber dem Nacherben. Das Testament, welches die Nacherbfolge anordnet, gibt freilich dem Nacherben das Recht, mit Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaftssachen vom Vorerben herauszuverlangen; bis zum Eintritt der Nacherbfolge gehören diese, wie gesagt, allein dem Vorerben; bis zu diesem Augenblick ist der Vorerbe Eigenbesitzer, nicht Fremdbesitzer.[73] Vom Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge an wird

69) So auch Wolff, Sachenrecht § 8, I b; v. Staudinger § 868, III, 2 h; Rohde S. 21 Anm. 4; Kniep S. 256; Przibilla Jur.W. 1908 S. 395. Kipp-Windscheid I S. 796; RGZ. Band 54 S. 397; Band 69 S. 197 f.

70) So auch v. Staudinger, Planck und Biermann bei § 868; Kipp-Windscheid I S. 796; Wolff § 8, I, 1, c; a. M. Wendt S. 61.

71) Stein, Komm. zur ZPO. § 808 Bem. IV; Planck, v. Staudinger bei § 868 und die durchaus herrschende Lehre.

72) Kniep S. 143 ff.; Wolff § 8 S. 25; Stein zu § 808 Abs. 2; Planck und v. Staudinger bei § 868 BGB.

73) Wolff, Sachenrecht § 8 S. 23.

man mittelbaren Besitz des Nacherben an den fraglichen noch beim Vorerben befindlichen Sachen annehmen dürfen; von diesem Augenblick an hat der Vorerbe den Besitz an den zum Nachlaß gehörigen Sachen infolge des Testaments nicht mehr als Eigenbesitzer, sondern nur noch als einen dem Nacherben gehörigen Besitz, der sich vorübergehend, bis zur Ablieferung der Sachen, in seiner Hand befindet. Demgegenüber behauptet Strohal,[74] auch nach Eintritt der Nacherbfolge könne kein mittelbarer Besitz für den Nacherben entstehen, „weil der Umstand allein, daß der Vorerbe den Besitz der zum Nachlaß gehörenden Sachen auch zu einer Zeit, wo er ihm nicht mehr gebührt, noch fortsetzt, nicht hinreicht, um dem Nacherben den mittelbaren Besitz zu verschaffen." U. E. läßt Strohal hier unbeachtet, daß mit dem Eintritt der Nacherbfolge auf Grund des Rechtsaktes des Testaments ein Rechtsverhältnis entsteht, das den Voraussetzungen des § 868 BGB. gerecht wird, kraft dessen der jetzt dem Nacherben gehörige Besitz nur noch vorübergehende Zeit beim Vorerben verbleibt.

Zum Schluß unserer Arbeit soll noch auf das Verhältnis des Verlierers zum Finder eingegangen werden. In der Literatur werden beide Ansichten vertreten, einige Schriftsteller lehnen mittelbaren Besitz des Verlierers ab, andre wieder behandeln den Finder als Besitzmittler des Verlierers. — Klar ist die Beantwortung dieser Frage für diejenigen, welche für die Entstehung mittelbaren Besitzes verlangen, daß die Sache vom mittelbaren Besitzer dem unmittelbaren Besitzer übergeben oder anvertraut sein muß; nach ihnen kann mittelbarer Besitz des Verlierers nicht in Frage kommen. — Bartels[75] nimmt mittelbaren Besitz des Verlierers deshalb an, weil der Finder gemäß § 966 Abs. 1 BGB. dem Empfangsberechtigten gegenüber zur Verwahrung der Fundsache verpflichtet ist. Hiergegen wird geltend gemacht, der Finder sei nicht Verwahrer i. S. von § 688 BGB., außerdem sei der Verlierer gemäß § 967 BGB. berechtigt und auf Verlangen der Polizeibehörde sogar verpflichtet, den Fundgegenstand an die Polizeibehörde abzuliefern.[76] Wir sind nun zwar der Meinung, die Tatsache, daß der Finder die gefundene Sache auf Verlangen der Polizeibehörde auszuliefern hat, kann das Bestehen einer Pflicht zum Besitz nicht beeinträchtigen. Die Verpflichtung des Finders zum Besitz der Fundsache währt so lange, bis er sie dem Verlierer oder sonstigen Empfangsberechtigten oder

74) S. 19.
75) S. 669.
76) v. Staudinger § 868, III, 2, b.

die Polizei herausgibt; wir lehnen aber ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. von § 868 BGB. hier deshalb ab, weil der Finder den Besitz nicht infolge eines Rechtsverhältnisses, aus welchem dem Verlierer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache zusteht, erlangt hat, sondern weil hier erst infolge der Erlangung des Besitzes ein Rechtsverhältnis zwischen Finder und Verlierer entsteht, aus welchem dem Verlierer ein Herausgabeanspruch gegen den Finder zusteht. Wir haben jedoch an andrer Stelle dargelegt, daß der Besitz infolge eines durch Rechtsakt begründeten Rechtsverhältnisses an den Mittler gekommen sein muß.[77]

Lebenslauf.

Am 20. Oktober 1901 wurde ich, Paul Richard Georg Linke, evangelischer Konfession, als Sohn des Bäckermeisters Richard Linke und seiner Ehefrau Helene, geb. Florian, in Neuzelle, Kreis Guben, geboren. Ich besuchte zunächst die Seminarübungsschule in Neuzelle, sodann das humanistische Gymnasium in Guben, wo ich im Jahre 1922 die Reifeprüfung bestand. Darauf widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Breslau und Berlin. Am 1. August 1928 bestand ich an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau die mündliche Doktorprüfung.

77) Gegen mittelbaren Besitz des Verlierers sprechen sich aus: Planck, v. Staudinger, Biermann bei § 868; Wolff Sachenrecht § 8, I, 1 a; Leonhard S. 71; Reichsgerichtsräte-kommentar Bem. 3 zu § 868; Strohal S. 24; Gierke, Dtsch. Privatrecht II S. 219, Anm. 39 und Fahrnisbesitz S. 7 Anm. 15; Windscheid-Kipp I S. 795; Kreß S. 192. — Für m. B. des Verlierers sind Wendt S. 62; Bartels S. 669.